
Введение

1. План. У этого введения двойная цель. Во-первых, проследить историю сравнительного права, показать, в чем его значение и какие задачи ставит перед компаративистами современная эпоха. Во-вторых, объяснить, как построена эта книга, призванная рассказать об основных правовых системах, несмотря на различия, которые характерны для права современного мира.

Отдел I. Сравнительное право

2. Развитие сравнительного права. Сравнение правовых систем, соседствующих на географической карте, — дело такое же давнее, как и сама правовая наука. Изучение 153 конституций греческих и варварских городов лежит в основе трактата Аристотеля о политике; Солон, как говорят, действовал так же, создавая афинские законы, а децемвиры, как гласит легенда, составили Законы 12 таблиц лишь после изучения законов городов Великой Греции. В Средние века сравнивали римское право и право каноническое, а в Англии в XVI веке также обсуждали в сравнительном плане достоинства канонического права и общего права. Позднее на сравнении обычаев основывались труды тех, кто пытался создать во Франции общее обычное право, в Германии — немецкое частное право. Наконец, Монтескье стремился путем сравнения изучить дух законов и определить принципы хорошей системы правления.

Можно привести еще множество примеров из прошлого; тем не менее развитие сравнительного права как науки относится к недавнему времени. Только в последние сто лет важность сравнительного изучения права была признана, методы и цели сравнительного права систематически изучались и сам термин «сравнительное право» был признан и вошел в научный оборот.

Причины, объясняющие столь позднее признание сравнительного права как науки, легко установить. В течение веков наука права была направлена на выявление принципов и положений справедливого права, соответствующего воле Бога, человеческой природе и разуму. Наука права была оторвана от позитивного права. Изучение обычаев интересовало судебную практику, практикующих юристов. Ордонансы правителей интересовали власти других стран. Однако ни обычаи, ни ордонансы не привлекали внимания тех, кто размышлял о праве и писал о нем. Так было, в частности, в университетах, где презирали разноречивый и варварский характер обычаев и ордонансов и считали единственно благородным и нужным изучение и преподавание только настоящей науки права, метода, при помощи которого можно открыть основы общей для всех стран справедливости. Этот метод видели в изучении римского права и канонического права, которые в трудах их комментаторов выступали как всеобщее право цивилизованного мира, ограниченное тогда рамками христианства.

Лишь в XIX веке вследствие распада *jus commune*, замеченного национальными кодификациями, идея «универсального права» сошла со сцены, и как результат этой «культурной революции» постепенно появилась потребность сравнивать законодательство различных европейских стран. И наука права в целом, и университетское преподавание основывались на национальных законодательных системах. Развитие сравнительного права было реакцией на то, что произошло в XIX веке: придание праву национального характера. С другой стороны, развитию сравнительного права способствовало последовательное расширение самых различных международных связей, ведущее к сближению правовых систем.

3. Дебют сравнительного права. Его современное значение. Сравнительное правоведение, сложившись на рубеже нашего века, развивалось быстрыми темпами. Еще четверть века назад оно рассматривалось как узкая сфера, где подвизались несколько дилетантов. В наши же дни в нем видят необходимый элемент науки и правовой культуры.

Первые шаги сравнительного правоведения отмечены дискуссиями, направленными на определение и уточнение его сущности и предмета, места среди других отраслей правовой науки, его методов, возможной сферы применения сравнительного изучения права, целей такого изучения. Дискутировалось, следует ли рассматривать сравнительное право как самостоятельную отрасль науки права или как метод – сравнительный метод, – используемый этой наукой; сравнительное право стремились разграничить

со сравнительной историей права, общей теорией права, социологией права; уточняли, в какой отрасли права сравнение особенно эффективно, какие системы права полезно, целесообразно или просто возможно сравнивать между собой; подчеркивались и опасности, подстерегающие юристов на пути изучения сравнительного права. Эти дискуссии составляют основу первых трудов по сравнительному праву, появившихся в различных странах, и именно эти проблемы стояли на повестке дня первого Международного конгресса по сравнительному праву, состоявшегося в Париже в 1900 году.

В тот начальный период, когда сравнительное право было еще «новичком», постановка всех этих вопросов в науке была неизбежна, равно как неизбежна была и дискуссия о месте сравнительного права в университетском преподавании и о том, какие исследования следует проводить в этом направлении. Сегодня, когда сравнительное право прочно стоит на ногах, проблемы эти утратили актуальность, но остается двойная задача: подчеркнуть значение, которое, вопреки мнению скептиков, сравнительное право представляет для юристов, и убедить последних использовать сравнительное право для решения своих проблем.

В сжатом виде можно выделить три основные позиции, раскрывающие значение сравнительного права. Оно полезно для изучения истории права и его философского осмысления, для лучшего понимания национального права, для взаимопонимания народов и создания лучших правовых форм отношений, складывающихся в международном общении.

4. История, философия и общая теория права. Сравнительное право используется в исследованиях в области истории, философии или общей теории права.

Именно в этом аспекте сравнительное право в XIX веке приобретает свою значимость. Вслед за Монтескье, которого иногда не без некоторого преувеличения называют прародителем сравнительного права, становится модным создавать широкие историко-философские картины развития права, основанные на господствовавших тогда представлениях о социальном прогрессе и эволюции. Для этой цели использовалось право самых различных народов. Начиная с обычаев примитивных племен (чтобы показать происхождение права), юрист с восторгом созерцал затем право наиболее развитых стран в современной цивилизации. Мэн в Англии, Колер в Германии – наиболее видные представители этого направления. Такова же была ориентация созданной в 1831 году в Коллеж де Франс первой кафедры сравнительного права.

Сегодня мода на подобные генерализации прошла. Но, тем не менее, вклад, который сравнительное право может вносить в ис-

следования исторического или философского плана, неоспорим. Соблюдая необходимые условия, можно использовать данные, полученные при наблюдении ряда примитивных племен, чтобы установить происхождение самого права и представлений о нем или чтобы углубить понимание некоторых институтов или правовых норм античности. Именно так при помощи сравнительного права были показаны многие аспекты древнеримского права, древнегерманского права, феодального права.

А если говорить о философии права? Сравнительное право показывает нам множество правопониманий. Оно знакомит нас с обществами, где отсутствует наше понимание права; с обществами, в которых право – синоним принуждения и даже символ несправедливости и тесно связано с религией и составляет ее сакральную часть. История философии права может, конечно, ограничиться описанием взглядов и представлений о природе и роли права, существовавших в какой-либо одной части человеческого общества. Однако философия требует универсализма; нет нужды говорить об убожестве и узости философии права, которая базировалась бы лишь на изучении своего национального права. Сравнительное право, совершенно очевидно, способствует тому, чтобы преодолеть такие барьеры.

Для общей теории права сравнительное изучение права не менее благотворно. Историческое происхождение классификаций, относительный характер концепций, социальная или политическая обусловленность институций могут быть выявлены с полной ясностью только тогда, когда мы посмотрим на них со стороны, выйдем из рамок собственной правовой системы.

Обратимся к традиционным для нас различиям между публичным и частным правом, гражданским и торговым правом, императивной нормой и диспозитивной, между законом и регламентом, вещными правами и правом обязательственным, между движимостью и недвижимостью. Тот, кто изучал только французское право, считает эти противопоставления само собой разумеющимися и необходимыми. Сравнительное право показывает, однако, что они приняты не везде, что в некоторых странах они теряют значение или от них вообще отказались. Это приводит к необходимости поининому взглянуть на данные категории, осмыслить их действительное значение в нашем современном национальном праве.

То же самое можно сказать и о правовых понятиях и концепциях. Сравнительное право способствует отказу от тенденции приписывать этим концепциям обязательный всеобщий характер. А ведь в истории ряда стран было немало ситуаций, когда интересы, которым должно служить право, приносились в жертву логическим схемам.

Общая теория в изложении французских цивилистов преувеличивает, хотя сегодня не так настойчиво, как раньше, значение кодификации и закона, представляет их как прогрессивный способ, которым следует выражать нормы права в демократическом государстве, а в судебной практике и доктрине видит лишь средства, служащие для применения закона или его комментирования. Сравнительное право раскрывает предубежденность такого анализа: оно показывает, что другие страны, которые мы считаем демократическими, придерживаются совсем иных формул, отказываются от кодификации и выступают против опасного, по их мнению, преувеличения роли закона. Сравнительное право позволяет узнать, что в некоторых других странах наши правовые институты, достоинство которых мы подчеркиваем, оцениваются как ложно демократические и фарисейские формулы. Поиск истины выигрывает от размышлений над данными, поставляемыми нам сравнительным правом.

5. Лучшее знание и совершенствование национального права. Сравнительное право дает возможность лучше узнать национальное право и совершенствовать его.

Законодатель всех времен использовал сравнительное право с тем, чтобы дополнить и усовершенствовать свое творение. Не случайно в прошлом веке говорили о *сравнительном законодательстве*. Заботой тех, кто создал в 1869 году во Франции Общество сравнительного законодательства, и тех университетов, где создавались кафедры сравнительного права, было изучение новых кодексов, принятых в разных странах, с тем чтобы составить представление об их особенностях и, сравнив с французскими кодексами, подсказать законодателю необходимость тех или иных изменений. Сходство условий порождало исходные установки законодательству, которое в течение ста лет развивалось в странах Европы одним и тем же путем. Торговое, уголовное, трудовое право и право социального обеспечения, семейное, процессуальное и административное право имеют сходство в многочисленных законодательных тенденциях, совпадение не только в крупных вопросах, но и в юридических частностях. В течение двадцати, десяти лет и даже в более сжатые сроки реформа, проведенная в какой-либо стране и доказавшая свою целесообразность, повторялась в других странах с некоторыми модификациями, отражающими специфические условия этих стран или направленными на ликвидацию пробелов и недостатков первого законодательного решения. Акции без права голоса, управление акционерным обществом, осуществляемое правлением и наблюдательным советом, отсрочка исполнения наказания — вот лишь немногие широко из-

вестные примеры институтов, заимствованных Францией из законов других стран. Обращение законодателя к помощи сравнительного права может только расширяться в наше время, когда от права не только ждут обеспечения стабильности правопорядка, но хотят посредством новых законов более или менее радикально преобразовать общество.

Не только законодатель имеет возможность использовать сравнительное право для совершенствования национального права. Такая же возможность открыта правовой доктрине и судебной практике. Закон имеет национальный характер. Само же право, однако, не тождественно закону. Правовая наука по самой своей природе носит транснациональный характер. То, что издано, написано и применено в другой стране с той же структурой и теми же традициями, что и Франция, может оказать влияние на способы толкования права в нашей стране, а иногда и привести к обновлению применения законов без вмешательства законодателя. Здесь можно дать множество примеров. Очевидно, что постановления Кассационного суда или Государственного совета во Франции часто определяли судебную практику многих иностранных государств, в которых французское право традиционно рассматривалось в качестве модели. То же самое еще более явно для стран английского языка, где право создается в основном судами: постановления высших судов Великобритании часто определяют деятельность австралийских или канадских судей, и, наоборот, за некоторыми австралийскими или канадскими решениями в Великобритании признается авторитет, почти равный английским прецедентам.

В наши дни французская доктрина все больше интересуется сравнительным правом. Но надо признать, что до сих пор применение сравнительного права французской судебной практикой и доктриной довольно ограничено. Однако не вызывает сомнений, что французские юристы могут, как и другие, обогащаться идеями юристов других стран и находить в их опыте много полезного. Этому служит развитие сравнительно-правовых исследований.

6. Международное взаимопонимание: международное публичное право. Сравнительное право полезно для взаимопонимания между народами и создания наилучшего режима отношений в международной жизни.

Этот – третий – аспект сравнительного права стал, может быть, главным в нашу эпоху. Он затрагивает прежде всего международное публичное право. Состояние современного мира требует полного обновления международного права: надо, чтобы между государствами установились помимо просто мирного сосущество-

вания новые отношения сотрудничества, как региональные, так даже и всемирные¹. Ясно, что эти отношения не могут быть или развиваться должным образом при незнании правовых систем, которые отражают понимание справедливости и регулируют с учетом политических взглядов структуры различных государств. Устав ЮНЕСКО (ст. 3) предусматривает укрепление взаимопонимания между народами путем развития во всемирном масштабе изучения иностранного права и использования сравнительного метода.

Кафедры римского права были созданы в Англии королем Генрихом VIII в XVI веке, чтобы способствовать образованию дипломатов, которым предстояло представлять Англию в странах континентальной Европы, где право основывалось на римских традициях. Французские дипломаты – составители торговых договоров или международных конвенций – также должны быть готовы понимать точки зрения других, знать, как и какими аргументами они смогут убедить своих контрагентов. Они не будут на высоте в выполнении своих задач, если в переговорах с США, Ираном или Китаем будут рассуждать только на французский манер, говорить и действовать так, как если бы стремились апеллировать к общественному мнению своей страны. В переговорах с США надо знать конституционное право этой страны. Необходимо, в частности, отдавать себе отчет в наличии законодательных ограничений полномочий федеральных властей. При переговорах с Ираном следует учитывать, что собеседник живет в обществе, организованном не так, как наше, и мыслит он не так, как мы. Сравнительное право не менее необходимо, если мы хотим более тесного сотрудничества между разными странами в рамках регионального сообщества, политических или экономических образований, которые создаются в Европе и на других континентах.

Одним из источников международного публичного права, предусмотренных статусом Международного Суда, являются «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями»; толкование этой формулы можно осуществлять только на основе сравнительного права.

7. Международное частное право. Сравнительное право, необходимое для развития и применения международного публичного права, должно сыграть не меньшую роль в сфере международного частного права. Международное частное право находится в сложном положении. Оно состоит в основном из коллизионных норм, призванных определять, компетентно ли данное национальное

¹ *Fridmann W. The changing Structure of International Law. 1964.*

право рассматривать то или иное правоотношение с иностранным элементом и какое именно национальное право следует к нему применять. Такой метод мог бы быть приемлемым, если бы в различных странах пришли к единообразным решениям. Но на деле коллизии законов и юрисдикций в каждой стране решаются без учета того, что в этом плане делается в другой стране, в результате чего для отношений с иностранным элементом в разных странах установлены различные режимы. Эта ситуация чревата двумя опасными последствиями: непредсказуемостью решений и расхождением в решении одной и той же проблемы.

Одна из главных задач юристов нашей эпохи – положить конец этой анархии. В мире, где международные связи расширяются из года в год, важно создать для них прочную правовую основу. Разным странам следует достичь согласия и установить, что повсюду к тому или иному виду отношений будут применяться одинаковые нормы. Государства должны выработать и принять в каждой области единообразные нормы. Для этой цели могут быть заключены международные конвенции, а кроме того, судебная практика каждой страны должна принимать во внимание, создавая коллизионную норму, как данная проблема решена законом или судебной практикой в других странах.

8. Международная унификация права. Вместо попытки унифицировать коллизионные нормы с практической точки зрения более предпочтительно выработать единые материальные нормы, регулирующие те или иные категории правоотношений.

Международная унификация права, регулирующего международно-правовые отношения, без сомнения, – одна из важнейших задач нашего времени. Такие организации, как Unidroit, призваны ее осуществить. В международно-правовых отношениях следует избегать неопределенности. При осуществлении международной унификации права речь не идет о замене различных национальных правовых систем единообразным наднациональным правом, принятым законодателем в мировом масштабе. Нет необходимости заходить столь далеко. Другими путями: заключением конвенций, выработкой принципов, типовыми контрактами и оговорками, – с большой гибкостью достигается определенный прогресс с точки зрения улучшения режима отношений в области международного права. Некоторая унификация и гармонизация международного права достигнуты уже сегодня. Они реализованы государствами – членами Европейского Союза, о чем говорят Римский договор и другие различные многочисленные производные тексты. Принципы, относящиеся к внешнеторговым договорам, подготовленные под эгидой Unidroit, предлагают сегодня нормы, могущие

быть использованными во всем мире всеми участниками международной торговли¹.

«Принципы европейского договорного права» подготовлены рабочей группой Комиссии Ландо (имя ее председателя). Эти принципы могут послужить моделью единообразного договорного права, если однажды они будут приняты странами, входящими в Европейский Союз².

Практика применения Страсбургским судом Европейской конвенции о защите прав человека и ее влияние на национальные правовые системы – это также важный фактор установления единообразия, в частности в области уголовного процесса.

Задача синтеза и гармонизации, о каких бы вопросах и географических границах ни шла речь, не может быть осуществлена без помощи сравнительного права. Без него нельзя установить факты совпадения или расхождения права различных стран. Здесь важно выработать единую технику унификации с учетом ее специфики, применяемой в разных странах, и сделать так, чтобы усилия, направленные на унификацию, увенчались максимальным успехом.

9. Роль компаративистов. Сравнительное право призвано сыграть огромную роль в обновлении правовой науки и в выработке нового международного права, отвечающего условиям современного мира. Однако для компаративистов недостаточно выявить ту роль, которая принадлежит сравнительному праву. Другая его цель – сделать юристов способными выполнить каждому в своей отрасли возложенные на них задачи. Сравнительное право – это не область деятельности отдельных юристов, интересующихся данной областью права. Все юристы должны заинтересоваться сравнительным правом, для того чтобы лучше понимать и совершенствовать свое право. Для одних сравнительное право – это только метод, точнее, сравнительный метод; для других, напротив, сравнительное право – это автономная отрасль науки познания права. Рядом с юристами, которые просто используют сравнительное право, есть место и для компаративистов, задача которых ограничивается подготовкой почвы, с тем чтобы другие смогли успешно использовать в своей работе сравнение.

Сравнение различных правовых систем действительно иногда очень сложно: надо знать, прежде чем этим заняться, об опасностях, которые подстерегают, и о необходимых мерах предосторожности.

¹ Unidroit. Principles of international commercial contracts. 1977. Подробнее о них см.: Bonell Y. (ed.). The Unidroit in Practice. 2002.

² См.: Principles of European contract law. 2000.

Потребности в особой компаративистике не было до тех пор, пока юристов интересовал узкий круг вопросов. Так, во Франции интересовались только европейскими правовыми системами, более или менее близкими праву французскому по их традициям, структуре, методам, сфере действия. И сегодня можно оставаться на тех же позициях, если интересоваться только правовыми системами, принадлежащими к той же семье, что и право Франции. В этом случае не надо обращаться к компаративистам.

Однако сегодняшний мир уже не тот, что был раньше. Юристы, получившие современное образование, используют другие понятия, их мировоззрение и понимание права отличаются от принятых ранее. Тут нужны компаративисты, чтобы обучить юристов понимать своих собеседников и быть понятыми ими, предупредить юристов о тех трудностях, с которыми они могут встретиться. Именно этим объясняется прежде всего современное развитие курсов и институтов, где преподается сравнительное право.

10. Сравнительное право и юридическая социология. Сравнительное право многими рассматривалось как один из аспектов социологии права. Относясь сдержанно к такой позиции, все же надо признать, что между сравнительным правом и социологией права существует много точек соприкосновения, у них есть ряд общих областей.

Сравнительное право должно прежде всего, как и социология, искать ту степень, в какой право определяет поведение людей, и то место, которое они отводят ему как социальному фактору. Живя в обществе, где право ценится очень высоко и считается способным регулировать самые разные аспекты общественных отношений, мы склонны думать, что так обстоит дело во всех странах или по меньшей мере во всех обществах, достигших такого же уровня развития, что и мы. Действующее право, с нашей точки зрения, — это единственная реальность, но забываем при этом о прежнем дуализме, веками существовавшем между правом, преподававшимся в университетах, и нормами, на основании которых действовали суды.

Тому, кто обращается к иностранному праву, следует помнить, что право, каким оно предстает в официальных источниках, не единственный фактор, формирующий общественные отношения. Правовые нормы и процедуры, которые мы считаем существенными, в иной среде могут иметь лишь вспомогательное, почти ничтожное значение, так как общественные отношения основаны на иных принципах. Так, в японском праве нормы *гири*, на Мадагаскаре — *фомба*, в некоторых других странах — предписания религиозных властей, боязливость общественного мнения или

контроль всемогущей политической партии могут превратить право просто в ширму, фасад, от которого общественная жизнь достаточно отлична. Опасность такого несовпадения есть и во многих странах, где право высоко читается, но есть тенденция рассматривать его как практически недостижимый идеал: так обстоит дело во многих странах, где господствует ислам. Такое же несовпадение может иметь место и там, где, напротив, право презирается, например в странах Дальнего Востока, где граждане улаживают свои споры в порядке примирительной процедуры и где обращение в суд и ссылки на право считаются постыдными. Очевидно, что даже в западных странах право опосредует далеко не всю реальную общественную жизнь: не все уголовные правонарушения становятся объектом расследования, не все штрафы взыскиваются, не все судебные решения исполняются. Существует практика административная, торговая, профессиональная; факторы коммерческого, религиозного и социального плана оказывают влияние на действия индивидов. Тот, кто опирается только на теорию права, получит ложное представление о методе регулирования общественных отношений и о том, что же представляет собой право в действительности.

11. Источники права. Обратим теперь внимание на формальные источники права. В системах права закону, обычаю, судебной практике, доктрине, справедливости придается разное значение. При изучении иностранного права надо исходить из того, что наши представления об иерархии различных источников права неприменимы к другим странам; что методы и рассуждения, используемые юристами для установления норм права и развития права в целом, весьма разнообразны. Одна система может носить религиозный характер, и никакой законодатель не может изменять нормы такого права. В других странах законы — лишь модель, которую считают естественным нарушать, если того требует обычай. Где-либо еще судебному решению придается значение, выходящее за рамки данного процесса. Использование общих принципов и формул также может в некоторых правовых системах служить тому, чтобы подправить применение формально неизменных норм действующего права.

Все это надо знать в отношении правовых систем, которые предполагается изучать на сравнительной основе. Дело усложняется тем, что выводы теоретиков об источниках права или способах толкования закона не всегда дают точное представление о реальном положении. Так, доктрина во Франции утверждает, что судебная практика не является источником права; тем не менее, в действительности при определенных обстоятельствах решения

Кассационного суда или Государственного совета часто играют роль не меньшую, чем закон. Еще и сегодня в Англии закон охотно изображают как исключительный феномен в системе, которая является классической системой судейского права. Однако законы Англии столь же многочисленны, и они играют там роль ничуть не меньшую, чем во Франции. Их перестали толковать буквально и ограничительно, как это предписывалось старинными канонами. Право Евросоюза и инкорпорация в английское право Европейской конвенции о защите прав человека в виде Акта о правах 1998 года также изменили отношение английских юристов к письменным текстам. Остается верным лишь то, что английские юристы по-прежнему плохо чувствуют себя в присутствии норм, сформулированных законодателем, и стремятся как можно скорее растворить их в судебных решениях, вынесенных в ходе применения этих норм.

Доктрина ислама не допускает, чтобы законодатель мог изменять нормы права, составляющие священное мусульманское право; это запрещение не препятствует тому, чтобы различными путями — полицейскими или процессуальными — властитель в мусульманских странах фактически парализовал действие той или иной нормы или подчинил ее применение различным условиям, не затронув ортодоксальных принципов.

12. Структура права. Обратимся теперь к последнему различию между правовыми системами, которое компаративисту важно выявить. Каждая правовая система пользуется понятиями, при помощи которых формулируются ее нормы; при этом норма права данной системой права может пониматься по-своему. Кроме того, в структурном отношении система норм может быть построена по-разному, и соответственно изучение данной системы права предполагает понимание структурных различий, существующих между нашим правом и изучаемым.

Равновесие между противостоящими интересами и поиск справедливых решений, к чему стремится право, могут достигаться по-разному той или иной правовой системой. Защита граждан от администрации в одной стране может быть поручена судебным органам, в других странах — специальным органам внутри самой администрации. Она может осуществляться путем контроля со стороны парламентских комиссий или «медиатором». Индивидуализация наказания может быть тем или иным путем распределена между судьями и пенитенциарными властями. Доказательства в одной стране могут играть такую роль, которую в другой имеют формальные предписания. Положение пережившего супруга в одной системе права обеспечивается нормами об имущественных

отношениях супругов, а в другой — нормами о наследовании. Защита недееспособных у нас обеспечивается посредством представительства, в других же странах — таким своеобразным институтом, как траст. Компаративист должен обращать внимание на эти различные подходы, показывать необходимость для юриста, сравнивающего различные системы права, изучать проблему, а не заниматься игрой в понятия. Следует опасаться вопросников — метода, к которому часто прибегают для сравнения различных правовых систем. Самые точные ответы, данные по вопроснику, могут сформировать ложное представление, если изучающий эти ответы не отдает себе отчета в том, что имеются и другие нормы и принципы, оставшиеся вне вопросника, рядом с которыми изучаемые им по вопроснику нормы составят лишь часть сложной реальности.

Несовпадения понятий и даже принятых повсеместно правовых категорий представляют собой одну из самых больших трудностей для юриста, желающего провести сравнение различных правовых систем. Он готов к тому, что встретится с различиями в содержании норм, но бывает дезориентирован, когда не находит в иностранном праве той классификации норм, которая ему представляется естественной и вытекающей из самой природы вещей. Надо, однако, твердо усвоить: наука права развивалась самостоятельно в рамках различных правовых семей; категории и понятия, которые элементарны для французского юриста, часто чужды для английского юриста, не говоря уже о юристе мусульманской страны. Вопросы, первостепенные для французского юриста, могут вовсе не возникать или иметь лишь ограниченное значение для русского юриста. Вопросы, поставленные французским юристом африканцу в отношении организации семьи или земельных прав, африканцу непонятны, если они выражены терминами европейских институтов, совершенно чуждыми африканцам.

Путем широкого изучения структуры других обществ и других правовых систем компаративисты должны создать необходимые условия для плодотворного диалога; они должны объяснить ментальность, способ рассуждения и концепции иностранных систем и создать научные юридические словари в широком смысле слова, позволяющие людям, которые говорят на разных правовых языках, понять друг друга.

13. Заключение. Сравнительное право должно сыграть первостепенную роль в правовой науке. Оно стремится прежде всего разъяснить юристам роль и значение права, используя для этого опыт всех народов. С другой стороны, в практическом плане оно стремится способствовать развитию международных отноше-

ний, открывая возможности согласия и подсказывая формы регламентации этих отношений. В-третьих, сравнительное право позволяет юристам разных стран улучшать свое национальное право.

Для того чтобы сравнительное право сыграло свою роль, надо, чтобы юристы не ограничивались только изучением национального права и при каждой возможности прибегали к сравнительному методу. Каждый в своей области извлечет из этого пользу. Много, однако, надо сделать, чтобы все было именно так. Полезность сравнительного права признана совсем недавно: труды компаративистов, направленные на то, чтобы расширить круг интересов юристов и придать им универсальное звучание, еще несовершенны. Многие из наших современных юристов, признавая пользу сравнительного права, не прибегают к сравнительному методу, так как не получили ранее достаточных для этого знаний. Новое поколение получает их. Более чуткое к реальностям современного мира и более ясно сознающее необходимость сосуществования между народами, новое поколение не согласится, чтобы наука права, как грустно говорил Иеринг, опустилась до уровня «местной судебной практики». Может быть, неизбежно, чтобы практикующие юристы в своей повседневной деятельности ограничивали свой горизонт рамками национального права. Но наука права универсальна. Сравнительное право – один из элементов такого универсализма, особенно важного в наше время. Оно играет и призвано играть первостепенную роль для изучения и прогресса права.

Отдел II. Разнообразие современных правовых систем

14. Множественность правовых систем. В современном мире каждое государство имеет свое право, а бывает и так, что в одном и том же государстве действуют несколько конкурирующих правовых систем. Свое право имеют и негосударственные общности: каноническое право, мусульманское право, индусское право, иудейское право. Существует также международное право, призванное регулировать во всемирном или региональном масштабе межгосударственные и внешнеторговые отношения.

Назначение данной книги – быть гидом в этом множестве правовых систем и облегчить задачу тех юристов, кто по тому или иному основанию проявляет интерес к изучению какой-либо системы зарубежного права.

Нам предстоит проделать сложную работу. Право разных стран сформулировано на разных языках, использует различную техни-

ку и создано для общества с весьма различными структурами, нравами, верованиями. Уже само количество действующих правовых систем затрудняет возможность сколь-нибудь достаточного синтеза в ограниченных рамках одной книги. Но все это вовсе не означает, что мы должны отказаться от предпринятой работы. И хотя в современном мире существует множество правовых систем, они могут быть сведены в ограниченное число семей. Тем самым мы достигнем поставленной цели, не входя в детали каждой правовой системы, но акцентируя внимание на общих характерных чертах основных правовых семей, некоторые из которых связаны друг с другом. Следовательно, первое, что мы должны сделать в этом введении, — раскрыть понятие «правовая семья» и показать, какие правовые семьи существуют в современном мире.

15. Переменные и постоянные элементы права. От чего зависят и в чем выражаются различия правовых систем?

Юрист-практик, чье внимание сосредоточено на своем национальном праве, отвечая на этот вопрос, несомненно, скажет, что в разных странах принимаются и применяются разные нормы. И действительно, это первое, что бросается в глаза, когда говорят о различиях правовых систем. Право США и английское право отличаются тем, что первое допускает судебный контроль за конституционностью законов, а второе — нет. В отличие от английского права, где существует институт траста, французское право его не знает.

И, тем не менее, различия не зависят только от входящих в состав права норм. Было бы поверхностным и неправильным видеть в праве только лишь совокупность норм. Конечно, в определенную эпоху, в определенной стране право может принять именно такой вид. Однако право — это значительно более сложное явление, выступающее как **система**. У нее определенный понятийный фонд; она соединяет нормы в определенные группы; использует определенные способы создания и толкования норм; она связана с определенной концепцией социального строя, и от этой концепции зависит, как применяется и вообще функционирует право.

В 1848 году немецкий юрист писал: «Три слова законодателя — и целые библиотеки становятся макулатурой»¹. Но это не более чем каламбур. Разумеется, нормы права изменяются, и юрист-практик не может относиться с доверием к книгам с устаревшими данными. Однако преподавание права возможно именно потому,

¹ *Kirchmann J. Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. 1936. S. 25.*

что оно есть нечто иное, чем изменяющиеся нормы. Смысл подготовки юриста не в том, чтобы он выучил наизусть и в деталях действующие сегодня нормы. Вряд ли это понадобится ему через десять лет в профессиональной деятельности, для которой большая часть этих норм будет не нужна. Но ему важно понимать структурную взаимосвязь норм, термины, которыми они оперируют, способы, которыми пользуются для фиксации норм и их согласования друг с другом. Нормы права могут меняться от росчерка пера законодателя. Но в них и немало таких элементов, которые не могут быть произвольно изменены, поскольку они теснейшим образом связаны с нашей цивилизацией и нашим образом мыслей. Законодатель не может воздействовать на эти элементы, точно так же как на наш язык или нашу манеру размышлять.

В работах американского юриста Р. Паунда показана значимость этих элементов, стоящих за нормами права. Именно на них основано представление об историческом постоянстве национального права, независимо от тех модификаций, которые претерпевали нормы. Наличие этих элементов дает основание говорить о праве как о науке и делает возможным юридическое образование.

16. Группировка правовых систем в семьи. Различия между правом разных стран значительно уменьшаются, если исходить не из содержания их конкретных норм, а из более постоянных элементов, используемых для создания, толкования, оценки норм. Сами нормы могут быть бесконечно разнообразными, но способы их выработки, систематизации, толкования показывают наличие некоторых типов, которых не так уж и много. Поэтому возможна группировка правовых систем в семьи, подобно тому как это делают и другие науки, оставляя в стороне второстепенные различия и выделяя семьи, как, например, в лингвистике — романские, славянские, семитские языки, в религии — христианство, ислам и т.д., в естественных науках — млекопитающие, пресмыкающиеся, птицы, земноводные и т.д.

Частичное сближение правовых систем в некоторых частях мира не ставит сегодня под сомнение их классификацию, необходимую при любой попытке изучения зарубежного права.

Подходя прагматически, мы ограничимся сначала краткими характеристиками самого главного, что позволяет говорить о двух основных группах права в современном западном мире: романо-германской семье и семье common law. В предыдущих изданиях этой книги называлась и третья семья — социалистического права. Однако изменения, происшедшие в бывших социалистических странах народной демократии, как они назывались тогда, стрем-

ление их перейти к рыночной экономике, очевидно, не позволяют признавать ныне семью социалистического права. В настоящее время российское право оправдывает его изучение как отдельного национального права.

Романо-германской семьей и семьей общего права, как бы значимы они ни были и как бы ни была широка сфера их распространения, не ограничен весь современный юридический мир. Наряду с установками, которые выражают эти семьи, или в сочетании с этими установками во многих странах господствуют другие подходы к организации жизни общества. Мы укажем на некоторые принципы, предопределяющие эти иные подходы.

Точно так же возможна и группировка правовых систем современности в несколько видов, но отсутствует единое мнение о том, каким путем должна быть проведена эта группировка и какие «семьи права» мы признаем в итоге. Одни стремятся провести классификацию, исходя из концептуальных структур правовых систем или в зависимости от того, какой из источников права признается основным. Другие считают, что классификация не может основываться на второстепенных технических свойствах, и выдвигают на первый план тип общества, которое стремятся создать с помощью права, или место права в рамках данного социального строя.

На споры такого рода потрачено много чернил, но большого смысла в них нет. Понятию «правовая семья» не соответствует какая-то биологическая реальность. Оно используется лишь в дидактических целях, чтобы выявить сходства и различия систем действующего права. При таком подходе каждая из классификаций имеет свое достоинство, но может быть подвергнута критике. Все зависит от того, что хотят изучить, и от основных поставленных целей. Нельзя прибегнуть к одной и той же классификации и тогда, когда берется общемировой масштаб, и тогда, когда ограничиваются европейскими рамками. Когда вещи рассматривают с юридических позиций, они выглядят по-иному, чем при социологическом подходе. Различными окажутся классификации и в зависимости от того, берется за основу частное или публичное право.

В соответствии со сказанным выше мы отказываемся от полемик с авторами, предложившими свои классификации.

17. Романо-германская правовая семья. Эта семья включает страны, в которых юридическая наука сложилась на основе римского права. Здесь на первый план выдвинуты нормы права, которые рассматриваются как нормы поведения, отвечающие требованиям справедливости и морали. Определить, какими же должны быть эти нормы, — вот основная задача юридической науки; поглощенная этой задачей, доктрина в меньшей мере интересуется вопро-

сами управления, отправлением правосудия и применением права, чем занимаются юристы-практики. Времена, однако, меняются, и сегодня доктрина, принятая судебной практикой, по преимуществу недавней, значительно больше, может быть, даже слишком.

В романо-германской семье начиная с XIX века господствующая роль отведена закону, и страны, принадлежащие к этой семье, наделены «кодексами».

В силу исторических причин право выступает здесь прежде всего как средство регулирования отношений между гражданами; другие отрасли права были разработаны гораздо позднее и менее совершенны по сравнению с гражданским правом, которое и остается основой юридической науки.

Семья романо-германских правовых систем возникла в Европе. Она сложилась в результате усилий европейских университетов, которые выработали и развили начиная с XII века на базе кодификации императора Юстиниана общую для всех юридическую науку, приспособленную к условиям современного мира. Термин «романо-германская» был выбран для того, чтобы отдать должное совместным усилиям, прилагавшимся одновременно университетами латинских и германских стран¹.

Колонизация романо-германской системы распространилась на обширные территории, где в настоящее время действуют правовые системы, принадлежащие к этой семье или родственные ей. В результате ее добровольной рецепции мы сталкиваемся с романо-германской системой в ряде стран, которые не были под господством европейцев, но куда проникали европейские идеи и где были сильны прозападные тенденции.

Между правовыми системами, относящимися к романо-германской семье, имеется немало различий; каждое государство имеет свое, свойственное ему национальное право. Наиболее фундаментальное из этих различий отделяет право европейских стран от права неевропейских стран, принадлежащих к этой системе. Причина различия в том, что европейские страны в наше время полностью обновили идеологию, господствовавшую после Французской революции: здесь на первом плане оказались ныне заботы о социальном равенстве и экономическом развитии, которыми в ту пору можно было пренебречь. Подобного изменения

¹ Используемое нами понятие «романские правовые системы» удобно, но недостаточно четко показывает фундаментальную роль науки в создании системы. Может оказаться вне поля зрения и то, что современное право романской семьи полностью отлично от римского права. Наименование «континентальное право», а тем более «гражданское право», используемое в англоязычной литературе, вызывает еще большую критику.

не произошло (или оно было не слишком значительным) в странах Латинской Америки, где господствующий класс не сумел преодолеть социальных несправедливостей. Эти страны стали жертвой опасных экономических трудностей. То же самое можно сказать о странах Африки. На Западе не поняли, что институты, которые управляют жизнью общества в Европе, полностью непригодны в странах, состоящих из разрозненных племен, для которых демократия европейского типа равнозначна лишенной смысла фразеологии.

Вне Европы относящиеся к романо-германской семье правовые системы обрели специфические черты, которые требуют разбивки по разным подгруппам. Во многих странах сумели «освоить» европейское право. Но во всех этих странах существовала еще до рецепции собственная цивилизация, имевшая свои правила оценки поведения и свои институты. Рецепция поэтому во многих случаях была лишь частичной: определенная часть правоотношений (и особенно личный статус) регламентировалась традиционными нормами.

18. Семья общего права (common law). Другая правовая семья – общего права – включает право Англии и стран, последовавших образцу английского права. Характерные черты этого права совсем иные, нежели право всех систем романо-германской семьи. Общее право было создано судьями, разрешавшими споры между отдельными лицами; эту печать своего происхождения данная правовая система несет на себе до сего времени. Норма общего права менее абстрактна, чем норма права романо-германской правовой семьи, и направлена на то, чтобы разрешить конкретную проблему, а не сформулировать общее правило поведения на будущее. Нормы, касающиеся отправления правосудия, судебного процесса, доказательств и даже исполнения судебных решений, в глазах юристов этих стран имеют не меньшее, а даже большее значение, чем нормы, относящиеся к материальному праву; их основная забота – немедленное восстановление статус-кво, а не установление основ социального порядка. Наконец, общее право в силу своего происхождения связано с королевской властью. Оно получало толчок для своего развития тогда, когда порядок в стране находился под угрозой или когда какие-либо иные важные обстоятельства требовали или оправдывали вмешательство королевской власти; в этих случаях оно как бы приобретало черты публичного права, так как споры частного характера интересовали суды общего права лишь в той степени, в какой они затрагивали интересы Короны или королевства. При формировании и развитии общего права публичное право также основывалось на процедуре. Учения романистов, основанные на гражданском праве, играли весьма

ограниченную роль; классификации общего права, его концепции и сам словарь юристов этой формации совершенно иные, чем в правовых системах романо-германской семьи.

Так же как право романо-германской семьи, общее право получило в определенный период широкое распространение в мире в силу тех же причин колонизации или добровольной рецепции. Следовательно, и здесь сохраняют свое значение соображения, высказанные выше в связи с романо-германской правовой семьей. Можно различать европейское общее право (Англия, Ирландия) и внеевропейское. Вне Европы (например, в некоторых мусульманских странах или в Индии) общее право было воспринято лишь частично. Здесь важен результат, к которому привело применение общего права в условиях его сосуществования с традициями другой цивилизации. Кроме того, различие среды может повлечь и глубокое различие между правом страны, где оно возникло, и страны, в которую оно импортировано. Общее право дает этому особенно наглядное подтверждение. Среди стран общего права есть такие, как США и Канада, в которых сложилась культура, отличающаяся по многим аспектам от английской. Поэтому право этих стран получило широкую автономию в рамках правовой семьи общего права.

19. Связь между двумя семьями. Страны романо-германского права и страны общего права неоднократно соприкасались на протяжении веков. И там, и здесь право испытывало влияние христианской морали, а господствовавшие начиная с эпохи Возрождения философские течения выдвинули на первый план идеи индивидуализма, либерализма, понятия субъективных прав. Общее право и сегодня сохраняет структуру, весьма отличающуюся от права романо-германской семьи, но при этом возросла роль закона и методы, используемые каждой из этих семей, сблизилась, чему способствовало общее для обеих семей право Европейского Союза. Норма права все более и более понимается в странах общего права так же, как и в странах романо-германской семьи, и из этого следует, что, по существу, и там, и здесь по ряду вопросов принимаются очень сходные решения, основанные на одной и той же идее справедливости.

Стремление говорить о единой семье западного права тем более сильно, что в некоторых странах существуют такие правовые системы, которые трудно отнести с определенностью к той или другой правовой семье, так как они много заимствовали и там, и тут. В числе таких смешанных правовых систем можно назвать шотландское право, право Израиля, Южно-Африканской Республики, провинции Квебек, Филиппин.